
Su información

1. ¿En calidad de qué o en representación de quién participa en esta consulta pública?

Experto en contratación Pública, academia

2. Seleccione el ámbito de interés

Administración General del Estado

3. Breve justificación del interés del particular o de la Institución a la que representa (máximo 4.000 caracteres)

La CÁMARA DE CONCESIONARIOS DE INFRAESTRUCTURAS, EQUIPAMIENTOS Y SERVICIOS PÚBLICOS (CCIES) es una asociación de empresas privadas titulares de concesiones y otros títulos habilitantes para la gestión de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos.

De acuerdo con los estatutos de CCIES, dentro de sus finalidades se encuentra, en interés de los asociados de CCIES, la defensa frente a las Autoridades y organismos reguladores, estatales y de la Unión Europea, de un modelo concesional y de colaboración público-privada sostenible y viable, impulsando a tal efecto cualesquiera iniciativas, propuestas regulatorias o acciones ante las mismas. En especial la defensa del respeto del principio de seguridad jurídica, responsabilidad, e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como manifestaciones del principio de legalidad y garantía de la buena regulación. Así como promover y defender las buenas prácticas de los poderes públicos en los procesos de otorgamiento de concesiones u otros de derechos especiales y exclusivos para la gestión de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, velando por la viabilidad y sostenibilidad de los proyectos y la transparencia y objetividad de los procedimientos administrativos.

Bloque I: Valoración general

Valoración general: Convenios

1. ¿Cuáles son las razones que motivan la celebración de los convenios entre entidades del sector público?

Como determina el art. 48.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante "Ley 40/2015"), "la suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública".

Las razones legítimas que deberían motivar la celebración de los convenios entre entidades del sector público son las que se desprenden de los principios de las relaciones interadministrativas establecidos en el art.140 de la Ley 40/2015, entre otras: coordinación de competencias; colaboración y cooperación para el logro de fines comunes; utilización conjunta de recursos; la financiación de actuaciones llevadas a cabo por otra administración, etc.

No obstante, en algunas ocasiones los convenios se siguen utilizando para evitar los requisitos más rigurosos de la legislación de contratos públicos o de las subvenciones para la determinación del sujeto, objeto y los controles para su adjudicación, ejecución y extinción.

2. ¿Cuáles son las razones que motivan la celebración de los convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado?

Las razones que motivan la celebración de los convenios entre entidades del sector público y el sector privado es la conjunción de esfuerzos para la consecución de fines de interés general que interesan tanto al particular como a la entidad pública correspondiente.

De igual modo, en algunas ocasiones los convenios entre el sector público y el sector privado se utilizan para eludir las figuras jurídicas subyacentes como el contrato público o la subvención.

3. ¿Considera que se celebran convenios que debieran haber sido tramitados como contratos sujetos a la normativa de contratos del sector público?

4

4. ¿Considera que existen mecanismos efectivos de control sobre la celebración de estos convenios entre entidades del sector público?

3

5. ¿Considera que existen mecanismos efectivos de control sobre la celebración de estos convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado?

3

6. ¿Considera que los convenios pueden planificarse con el resto de formas de aprovisionamiento público (encargos a medios propios y contratos públicos)?

4

7. ¿Considera que en términos generales se realiza una interpretación restrictiva y rigurosa de los requisitos establecidos para utilizar la figura de los convenios entre entidades del sector público?

4

8. ¿Considera que en términos generales se realiza una interpretación restrictiva y rigurosa de los requisitos establecidos para utilizar la figura de los convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado?

4

9. ¿Considera que se cumplen las exigencias de publicidad de los convenios?

2

10. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

En primer lugar, reiterar la mala praxis de algunas Administraciones Públicas en el uso de los convenios para eludir los principios y requisitos que rigen la contratación pública.

Por lo que respecta al control sobre la celebración de los convenios, en el plano teórico, la Ley 40/2015 ha introducido mecanismos de gran utilidad, destacando la necesidad de que el convenio se acompañe de una memoria justificativa, donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no

contractual de la actividad en cuestión, así como el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la Ley; y otros informes en el caso de los convenios de la Administración General del Estado, como el informe del servicio jurídico (art. 50 de la Ley 40/2015). Sin embargo, dado que ni la Ley 40/2015 ni la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante “Ley de transparencia estatal”) requieren la publicación de esta memoria justificativa ni tampoco de los otros informes, en la práctica son escasas las ocasiones en las que efectivamente el convenio se acompaña de esta memoria justificativa, plasmando un previo control de la oportunidad de la celebración del convenio.

Asimismo, el art. 53 de la Ley 40/2015 solo requiere la remisión al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma, a los convenios cuyos compromisos económicos asumidos superen los 600.000 euros, este es un umbral bastante elevado, que no abarca el grueso de los convenios administrativos.

Por otro lado, estamos de acuerdo en que sería deseable que los convenios se planificaran –y más los que comportan compromisos económicos para la administración–, con el resto de formas de aprovisionamiento público. En este sentido, como ya se apunta en la guía de la CNMC “G-2019-02 GUÍA FASE 1: LA PLANIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”, “la planificación y dirección por objetivos y el control y evaluación de los resultados de las políticas públicas son principios generales que deben guiar la actuación de todas las Administraciones Públicas”, siendo que “la planificación permite identificar los procedimientos de adjudicación de los aprovisionamientos más adecuados en cada caso. Una adecuada anticipación evita el recurso excesivo a los procedimientos con escasa o nula competencia efectiva como, por ejemplo, los contratos menores, los procedimientos sin publicidad o los encargos a medios propios”, afirmación totalmente trasladable a los convenios.

En cuanto a la interpretación restrictiva y rigurosa de los requisitos establecidos para los convenios, más allá de lo apuntado, de que en algunas ocasiones no se respeta lo establecido en el art. 47.1 “Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público”, la falta de la memoria justificativa y otros informes; en algunos convenios no se determina adecuadamente su objeto, ni las actuaciones a realizar por cada sujeto (art.49 c) y d) Ley 40/2015).

Finalmente, en cuanto a las exigencias de publicidad de los convenios, más allá de la inscripción en los Registros correspondientes y de la publicación de los convenios de la administración estatal en el BOE (art. 48.8 Ley 40/2015, en el caso de Cataluña art. 112 de la Ley 26/2020 no requiere la publicación íntegra de todos los tipos de convenios), algunas Administraciones públicas no publican con asiduidad todos los aspectos requeridos el art. 8.1 b) de la Ley de transparencia Estatal: “La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas” (en términos similares art. 14.2 de la Ley 19/2014, en adelante “Ley de Transparencia Catalana”).

Valoración general: encargos a medios propios

11. ¿Cuáles son las razones que motivan crear o atribuir la condición de medio propio a una entidad instrumental?

De acuerdo con el artículo 86.2 de la Ley 40/2015 las razones que deberían motivar la creación de los medios propios deberían ser disponer de medios suficientes, mayor eficiencia, sostenibilidad y eficacia y/o razones de seguridad pública o de urgencia.

Sin embargo, la práctica ha demostrado que en la mayoría de los casos los medios propios se están utilizando como plataformas de contratación, máxime cuando la figura utilizada es la de la sociedad mercantil, lo que supone que la contratación que realice el medio propio pase a ser una contratación sujeta a derecho privado, y no siempre los actos separables de preparación y formalización cumplen con los requisitos de la LCSP.

Además los medios propios se utilizan en ocasiones para construir relaciones jurídicas en fraude de ley que permitan eludir los procedimientos de licitación pública en beneficio de empresas públicas y en perjuicio del mercado. Como es un ejemplo claro la estructura de encargos y sub encargos del modelo CONGIAC-GIACSA (Sentencias del Tribunal

Superior de Justicia de Cataluña núm. 3661/2020, dictada en el recurso de apelación núm. 107/2018, de 21 de setiembre de 2020 –Caso Collbató– y núm. 1774/2021 de 22 de abril de 2021 – Caso Olost–).

12. ¿Cuáles son las razones más habituales para utilizar la figura de un encargo a un medio propio?

Urgencia, Agilidad

13. ¿Considera que existen mecanismos efectivos de control sobre la realización de encargos a medios propios?

2

14. ¿Considera que se cumplen las exigencias de publicidad de los listados de medios propios existentes y de formalización de los encargos?

1

15. ¿Considera que los encargos a medios propios pueden ser objeto de la planificación, como los contratos públicos?

5

16. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

No se considera que existan mecanismos efectivos de control sobre la realización de encargos a medios propios, en primer lugar dado que los mecanismos de control que recoge tanto el artículo 86.2 y 3 de la Ley 40/2015 –a través de la memoria justificativa, informada por la Intervención General de la Administración del estado–, como la LCSP – conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio, verificación de que cuenta con los medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos, determinación en los estatutos del régimen jurídico y administrativo de los encargos que se le puedan conferir, publicación en la Plataforma de Contratación de condición de medio propio, etc– se refieren a los requisitos de creación de los medios propios pero no a la realización de los encargos.

En segundo lugar, por cuanto la autorización por parte del Consejo de Ministros para los encargos de las entidades del sector público estatal, solo es para aquellos encargos cuyo importe de gasto sea igual o superior a 12 millones de euros.

Asimismo, la normativa no exige que en la formalización de los encargos se justifique el cumplimiento de los requisitos exigidos en la LCSP, encontrándonos en la práctica con que en muchos de los acuerdos de aprobación de los encargos, de los informes internos o de los documentos de formalización se realizan afirmaciones de tipo genérico sobre el cumplimiento de los requisitos del medio propio, sin analizar el cumplimiento de los requisitos para el encargo concreto.

Más allá de ello, es cierto que a nivel estatal existen controles sobre la gestión económico-financiera a través de la IGAE (art 140.2 de la Ley 47/2003), pero en el ámbito local estos controles distan mucho de ser efectivos.

En cuanto a la publicidad, tampoco se cumplen las exigencias actuales de publicidad recogidas en el art. 32.6 b) y 63.6 de la LCSP, ya que en muchas ocasiones solo se publican la formalización de los encargos de importe superior a 50.000 euros, y esta publicación muchas veces se realiza tarde cuando la ejecución del encargo ya está muy avanzada incumpliendo así el objetivo de las Directivas de evitar situaciones de hechos consumados. Por lo que respecta a la publicidad trimestral de los encargos de importe entre 5.000 y 50.000 euros en muchas ocasiones no se realiza ni siquiera trimestralmente con lo que se impide el ejercicio efectivo de los mecanismos de defensa. Y en especial se ha constatado la falta de cumplimiento de la exigencia del art. 8.1 b) de la Ley de transparencia estatal de publicar “las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma”.

Aunque, como reconoce el informe de la IGAE de control en materia de contratación pública de 11 de mayo de 2020, actualmente los encargos a medios propios no se planifican, al igual que con los convenios, se considera que estos si que podrían ser objeto de planificación como indirectamente se apunta en la guía de la CNMC “G-2019-02 GUÍA FASE 1: LA PLANIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”.

Bloque II: Marco normativo

Marco normativo: convenios

17. ¿Considera que la regulación actual diferencia con claridad la figura del convenio entre entidades del sector público y la del contrato público?

4

18. ¿Considera necesario introducir mejoras en la regulación aplicable a los convenios entre entidades del sector público?

5

¿Sobre qué aspectos?

Seleccione una o varias opciones

Mejoras de publicidad ex ante, Refuerzo de la motivación de su utilización, Mejoras de publicidad ex post

19. ¿Considera que la regulación actual diferencia con claridad la figura del convenio entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado y la del contrato público?

4

20. ¿Considera necesario introducir mejoras en la regulación aplicable a los convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado?

5

¿Sobre qué aspectos?

Seleccione una o varias opciones

Mejoras de publicidad ex ante, Refuerzo de la motivación de su utilización, Mejoras de publicidad ex post

21. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

A pesar de que la regulación de los convenios en la Ley 40/2015 ha comportado un gran avance normativo respecto a la escueta regulación de la normativa anterior, y ha solventado algunos de los problemas detectados por el Tribunal de Cuentas en su moción de 30 de noviembre de 2010, aún existe un gran margen de mejora.

En particular, se considera necesario que:

- Se realice una publicación ex ante de los convenios administrativos que se encuentran planificados.
- Que se establezcan mecanismos para que efectivamente se cumpla el requisito de que los convenios se acompañen de una memoria justificativa que recoja la motivación de su celebración.
- En cuanto a la publicación ex post, que en los portales de transparencia de las Administraciones Públicas se actualice asiduamente la información de los convenios administrativos formalizados, en tanto que en muchas ocasiones esta información se publica muy esporádicamente, en algunos casos incluso tras su ejecución, dificultando el conocimiento de la ciudadanía, así como imposibilitando los mecanismos de defensa (impugnación).
- En lo que respecta al contenido de la información a publicar, sería conveniente que se publicara el propio convenio en todos los casos y en un plazo de 10 días hábiles en los Boletines Oficiales.

También se aconseja que se incluya un extracto de la motivación de su utilización, contenida en la memoria justificativa.

Por otro lado, la definición que existe actualmente de los convenios es una definición a sensu contrario de los contratos públicos, tanto la contenida en el art. 47 de la Ley 40/2015 “acuerdos (...) para un fin común (...) no podrán

tener por objeto prestaciones propias de los contratos”, como la recogida en el art. 6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante “LCSP”) “Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley”. Por ello es necesaria una mayor definición, determinando más específicamente las características que diferencian a las dos figuras:

- La concepción onerosa de la contratación en contraposición al convenio, negocio al que se presupone la existencia de una confluencia de intereses entre las partes.
- En el convenio las partes persiguen fines comunes mediante la puesta en común de sus medios. En cambio, en el contrato público la posición de cada parte es independiente, tendente a la satisfacción de su propio interés, lo que tiene por consecuencia que la relación contractual gire en torno al principio sinalagmático de reciprocidad o interdependencia de las prestaciones que se deben las partes.
- El convenio, se celebra en atención a las características de una determinada persona, que es insustituible como parte del convenio, de tal forma que la finalidad del convenio no se alcanzaría si la Administración no lo celebrara con dicha persona. Ello es contrario a uno de los principios definitorios de la contratación pública, la libre concurrencia.

Marco normativo: encargos a medios propios

22. ¿Considera que los requisitos que la regulación actual impone a las entidades del sector público para acudir a sus medios propios son adecuados?

2

En caso negativo ¿Sobre qué aspectos debería incidir la mejora regulatoria?

Seleccione una o varias opciones

Memoria justificativa, Publicidad, Requisito control análogo, Requisito control análogo conjunto, Determinación de las tarifas, Requisito de actividad principal (80% el poder adjudicador del que sea medio propio / 20% actividad el mercado privado), Identificación del poder adjudicador respecto del cual se tiene la condición de medio propio, Verificación de que el medio propio cuenta con los medios materiales y personales suficientes y apropiados, Incumplimiento requisitos y pérdida sobrevenida de la condición de medio propio, Delimitación en el objeto social del medio propio, Otros

23. ¿Considera que los requisitos que la regulación actual impone a las entidades del sector público para realizar los encargos a sus medios propios son adecuados?

0

En caso negativo ¿Sobre qué aspectos debería incidir la mejora regulatoria?

Seleccione una o varias opciones

Memoria justificativa, Publicidad, Verificación de que el medio propio cuenta con los medios materiales y personales suficientes y apropiados, Los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido, Otros

24. ¿Considera que es necesario regular requisitos adicionales para acudir a la figura de los encargos a medios propios?

5

En caso afirmativo ¿Sobre qué aspectos?

seleccione una o varias opciones

Análisis o estudio de mercado a incluir en la memoria justificativa , Reglas para determinar la duración de los encargos, Límites a la subcontratación de los encargos, Reglas para las modificaciones de los encargos, Nulidad del encargo por falta de publicidad del mismo

25. ¿Considera conveniente que entre los requisitos exigibles deba incluirse expresamente una memoria justificativa de la eficiencia del recurso del encargo frente a las opciones de contratación pública?

5

En caso afirmativo, ¿Qué aspectos deben tenerse en cuenta para verificar que un encargo es la opción más eficiente frente a las licitaciones públicas?

Teniendo en cuenta que el art. 86 de la Ley 40/2015 exige como requisito a la atribución del medio propio la acreditación previa de que “Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica”, y sin embargo el art. 32 de LCSP no contempla expresamente la acreditación de la eficiencia entre los requisitos de los encargos, se considera necesario que se exija la existencia de una memoria justificativa de eficiencia del recurso del encargo.

En este sentido, algunas Comunidades Autónomas ya han empezado a exigirlo, como es el caso de la Cantabria que en el art. 91.4 b) de la Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de régimen jurídico del gobierno, de la administración y del sector público Institucional de esta Comunidad, requiere como trámite preceptivo para la formalización de los encargos a medio propio, la incorporación al expediente de “las memorias, informes o documentos que analicen y justifiquen la elección de la fórmula del encargo, la fijación de precios de mercado, y el cumplimiento por parte del medio propio de los requisitos fijados legalmente”. O en Andalucía, donde la Intervención General de la Junta de Andalucía aprobó la Instrucción 11/2018, de 7 de junio de 2018, por la que se aprueba la guía de fiscalización previa de los expedientes de gasto derivados de encargos a medios propios, donde se exige una “memoria justificativa de la necesidad o conveniencia de realizar los trabajos a través de esta figura. En este sentido se debe acreditar que se da alguna de las circunstancias siguientes: a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica (...)”.

En cuanto a los aspectos a tener en cuenta para esta verificación del encargo es la opción más eficiente frente a las licitaciones públicas, tal como establece la Resolución de 6 de julio de 2017 de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueba la instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la Ley 40/2015, “entre otros, y a título meramente enunciativo, estudios comparativos de mercado, análisis de rentabilidad, certificados de buena ejecución de los encargos realizados en el periodo anterior a un año o cualquier otro que permita su acreditación”.

26. ¿Considera que en la actualidad existen mecanismos de control efectivos sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos para acudir a la figura de los encargos a los medios propios?

2

27. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

Es necesario que se realice una mejora profunda de la regulación actual, más allá de lo ya apuntado, y entre muchas otras posibles mejoras:

- Publicidad: (i) necesidad de que en el perfil del contratante se publique la formalización de todos los encargos, no sólo los superiores a 50.000 euros; (ii) se publique la memoria justificativa de la necesidad de los encargos; (iii) que la publicación se realice en un breve plazo de tiempo (10-15 días hábiles) desde su formalización para poder ejercitar los correspondientes mecanismos de defensa; (iv) que se publiquen las subcontrataciones.
- Tarifas: es necesario que se determinen unas pautas para la determinación de las tarifas y para que reflejen realmente los costes reales.
- 80%-20%: no se comparte el hecho de la Ley 11/2020 haya eliminado la necesidad de que el cumplimiento de este requisito de actividad principal quede reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales y de que esta sea objeto de verificación por el auditor de cuentas. Es necesario que se vuelva a exigir este requisito.
- Es necesario que la verificación del requisito de la suficiencia de medios personales y materiales se exija para cada

concreto. Sobre todo, teniendo en cuenta que en la práctica nos encontramos con que los medios propios suelen subcontratar la ejecución del encargo hasta el límite actualmente permitido del 50% (muchas veces a través de contratación menor). Por ello, se considera que además se debería rebajar más el límite de la subcontratación. De lo contrario se burlaría el requisito de contar con medios personales y materiales.

- Se considera necesario que se recupere la previsión eliminada por la referida Ley 11/2020, de que el incumplimiento de cualquiera de los requisitos comporta la pérdida de la condición de medio propio y la imposibilidad de seguir efectuando o encargos.
- Es necesario que se exija no solo la delimitación del objeto social del medio propio, sino que el objeto del concreto encargo sea claro y específico, para que así no se falsee la competencia a través de objetos sociales muy amplios que permitan la atribución de todo tipo de encargos. Asimismo, se requieren reglas para la modificación de los encargos que impidan que se puedan realizar múltiples ampliaciones del objeto inicial del encargo.
- Encargos a medios propios «ascendentes»: Se entiende por encargo ascendente aquél que el medio propio dirige a su poder adjudicador por razones de eficiencia.

Tanto la Directiva 2014/24/UE (art. 12.3) como la Ley de Contratos (art. 32.3) únicamente permiten los encargos ascendentes cuando el medio propio lo es de un solo poder adjudicador, no cuando lo es de varios a la vez. Se entiende que la razón de esta limitación es que se considera que los medios propios «individuales» forman parte, de facto, de la misma organización administrativa que los poderes adjudicadores que los controlan.

Sin embargo, algunas Administraciones están utilizando los medios propios «colectivos» en los que participan para dirigir encargos a otros poderes adjudicadores con los que comparten el citado medio propio. Así, en un medio propio controlado por dos socios (A y B), el socio A dirige un encargo al medio propio «colectivo», que lo recibe y lo «rebota» al socio B en forma de encargo ascendente. De esa manera, se consigue que el socio A y el socio B se crucen encargos aunque entre ellos no exista una relación de «medio propio» (esto sucede por ejemplo en el Consorci per a la Gestió Integral d'Aigües de Catalunya (CONGIAC), que utiliza a su medio propio colectivo, GIACSA, para dirigirle encargos que ésta «rebota» a otros socios)

- La no aplicación de las limitaciones de las prestaciones parciales en los casos de gestión de servicios públicos mediante entidades de derecho público o sociedad de derecho privado cuyo capital sea de titularidad pública: se considera que esta excepción se debería eliminar por estar injustificada, de hecho no se recogía en la iniciativa inicial de la LCSP

Bloque III: Problemas específicos

Convenios y afectación a la competencia

28. ¿Considera que la utilización de la figura del convenio entre entidades del sector público puede tener impacto sobre la competencia

3

29. ¿Considera que la utilización de la figura del convenio entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado puede tener impacto sobre la competencia?

3

30. ¿Considera que el mero cumplimiento de los requisitos existentes para utilizar el instrumento del convenio es suficiente para salvaguardar la competencia?

2

31. ¿Considera que la Administración debería justificar, caso por caso, los posibles efectos sobre la competencia que puede comportar la decisión de acudir a un convenio entre entidades del sector público?

5

32. ¿Considera que la Administración debería justificar, caso por caso, los posibles efectos sobre la competencia que puede comportar la decisión de acudir a un convenio entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado?

4

33. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

Los convenios administrativos efectivamente tienen un impacto directo en la competencia, puesto que como ya se indicó en la Guía de la CNMC sobre Contratación Pública y Competencia de febrero de 2011, “en el convenio no existe la posibilidad de un proceso competitivo”, siendo los contratos administrativos una “opción que además resulta más favorecedora de la competencia”.

Los requisitos existentes actualmente no son suficientes para salvaguardar la competencia, en parte, como ya se ha apuntado, porque no existe un cumplimiento efectivo de los mismos, destacando: (i) el incumplimiento del requisito de que los convenios no tenga por objeto prestaciones propias de los contratos; y (ii) la falta de memoria justificativa que analice su necesidad y oportunidad, y su carácter no contractual.

Por ello, se considera que sería conveniente que en la memoria justificativa se realizara un análisis caso por caso sobre el impacto en la competencia y por tanto sobre la posibilidad de recurrir a la contratación pública como figura de promoción de libre concurrencia. En definitiva, la memoria debería descartar la posibilidad de acudir a fórmulas de colaboración público-privada de carácter contractual, justificándolo en razones de mayor eficiencia y sostenibilidad económica. La memoria debería de analizar entre otros extremos:

- Que la finalidad del convenio no se alcanzaría si la Administración no lo celebrara con esa concreta parte.
- La existencia en el fondo de una contraprestación onerosa.
- La existencia efectiva de una finalidad de interés común.
- Imposibilidad de alcanzar esa finalidad de interés común mediante una fórmula de colaboración público privada de tipo contractual

Encargos a medios propios y afectación a la competencia

34. ¿Considera que la utilización de la figura del encargo a los medios propios puede tener impacto sobre la competencia en el mercado del aprovisionamiento público?

5

35. ¿Considera que la utilización de la figura del encargo a los medios propios puede tener impacto sobre la competencia en los mercados distinto al del aprovisionamiento público?

5

36. ¿Considera que la Administración debería justificar, caso por caso, los posibles efectos sobre la competencia que puede comportar la decisión de acudir a un encargo a un medio propio?

5

37. ¿Considera que el mero cumplimiento de los requisitos existentes para utilizar la figura del encargo al medio propio es suficiente para salvaguardar la competencia?

0

38. ¿Considera necesario que la Administración analice la estructura competitiva (oferta-demanda) del mercado tanto a la hora de crear nuevos medios propios como de realizar encargos a éstos?

5

39. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

Se comparte completamente lo ya apuntado en la guía la CNMC sobre Contratación Pública y Competencia de febrero de 2011, ahora objeto de actualización. La figura del encargo a los medios propios tiene impacto sobre la competencia, porque como se ha ido apuntando, efectivamente “la encomienda puede convertirse en un instrumento para eludir la concurrencia en situaciones en que ésta podría asegurar una provisión satisfactoria de los bienes y servicios correspondientes a precios más baratos”.

Como también se ha reflejado en las respuestas anteriores, el cumplimiento de los requisitos existentes

actualmente para utilizar la figura del encargo al medio propio no es suficiente para salvaguardar la competencia, es necesario que para cada concreto encargo se elabore una memoria justificativa de su necesidad y de su eficiencia respecto a la contratación pública, determinando así también los posibles efectos sobre la competencia.

Concretamente, como se apuntaba ya en la Guía de la CNMC de 2011, es necesario que la Administración analice la estructura competitiva del mercado tanto a la hora de crear nuevos medios propios como de realizar encargos a estos: “Valorar, con carácter previo, en qué medida el mercado ya presta dichos bienes o servicios, tanto a la hora de crear un nuevo medio propio, como a la hora de encargarle a los ya existentes encomiendas de gestión. Las encomiendas deberían evitarse cuando los bienes y servicios en cuestión puedan ser provistos en el mercado en la misma medida a precios inferiores como consecuencia de procesos competitivos.

Valorar en qué medida la encomienda puede conducir a la subcontratación de la prestación por parte del medio propio a terceras empresas. (...) desde un punto de vista de competencia y de eficiencia en la asignación de los recursos públicos resulta preferible, en estas situaciones, no optar por la encomienda y realizar la licitación de la prestación”.

IV. Envío de la respuesta

Nombre completo del particular o de la institución representada (se publicará junto a la respuesta)

Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos “CCIES”